

Parte Seconda

Non punibilità e premi in materia di criminalità organizzata

Capitolo I Le operazioni sotto copertura

Sommario

1. Origine ed evoluzione della disciplina dell'agente provocatore. – 2. La legge n. 146/2006 ed il primo tentativo di riordino della normativa. – 3. La legge n. 136/2010 e la definitiva (?) unificazione della disciplina. – 4. La legge n. 124/2007 e la prima, ragionevole, deroga alla normativa generale. – 4.1. Il d.l. n. 76/2012 e la nuova, discutibile, ipotesi speciale di operazioni sotto copertura in materia di giochi. – 5. L'influenza della giurisprudenza della Corte EDU sulla distinzione tra agente infiltrato ed agente provocatore. – 5.1. Il nuovo scenario concettuale: dall'agente provocatore all'agente infiltrato. – 6. La controversa natura giuridica. – 6.1. La fine di ogni dubbio: la esplicita qualificazione normativa come causa di giustificazione. – 6.2. I residui margini di applicazione delle altre cause di giustificazione. – 7. I requisiti di liceità della "procedura sotto copertura": *a*) i reati per i quali può essere disposta. – 7.1. *b*) I soggetti legittimati. – 7.1.1. Gli agenti di polizia giudiziaria, le persone interposte e gli ausiliari. – 7.2. *c*) Le attività scriminate. – 7.2.1. Le altre attività autorizzate. – 7.2.2. In particolare: *a*) per i reati in materia di stupefacenti. – 7.2.3. (*Segue*) *b*) per il sequestro a scopo di estorsione. – 8. La non punibilità del provocato. – 8.1. La attenuazione della pena per il provocato. – 9. Profili processuali. – *Bibliografia*.

1. Origine ed evoluzione della disciplina dell'agente provocatore.

La considerevole rilevanza assunta negli ultimi decenni dal crimine in forma associata nei principali settori della fenomenologia delittuosa ha dimostrato l'inefficacia degli strumenti classici della politica criminale nei suoi confronti. Ciò ha indotto il legislatore a sperimentare strade alternative, caratterizzate da una strategia di intervento opposta rispetto a quella, rivelatasi sterile, della creazione di nuove e superflue fattispecie incriminatrici: quella della modulazione di **strumenti dalla natura ibrida, sostanziale e procedurale**, capaci di aggredire le associazioni criminali dal loro interno, tramite comportamenti "*ante*" o "*post*" delitto.

I due fiori all'occhiello di questa *nouvelle vague* della lotta alla criminalità organizzata sono costituiti dalla **collaborazione processuale** e dalle **operazioni sotto copertura**. In entrambi questi casi lo sconto o l'esonero di pena sul terreno

del penale sostanziale dipende dal comportamento tenuto durante una o più fasi del procedimento penale da parte o dello stesso reo o di un “falso” concorrente.

Nel caso del c.d. “pentito”, lo sconto di pena sancito dalla circostanza attenuante speciale è connesso alla dissociazione *post patratum crimen* del reo dal sodalizio criminale ed alla sua piena ed utile collaborazione con la giustizia; in quello dell’infiltrato, l’esonero dalla pena previsto nella speciale causa di giustificazione è, invece, connesso **alla infiltrazione ante delictum** di un agente delle forze dell’ordine, o un privato cittadino, nel sodalizio criminale ed alla sua **partecipazione “passiva”** alla scoperta dei reati ed alla cattura degli indagati.

Rinviando al capitolo II per ulteriori approfondimenti sulla speciale diminuzione della collaborazione processuale, in questa sede si soffermerà l’attenzione sulla controversa figura dell’agente provocatore (*recte*: agente infiltrato, come si chiarirà meglio *infra*, § 5) e sui due profili contrapposti di maggior rilievo problematico che da sempre la caratterizzano: quello della definizione dei presupposti per la non punibilità dello stesso e quello della ricerca di eventuali spazi di non punibilità per il provocato. Si deve, infatti, premettere sin d’ora che tattiche investigative di questo genere – introdotte per ragioni di efficienza della risposta alla criminalità organizzata – in uno Stato sociale di diritto devono essere sempre attentamente **bilanciate** con i suoi **principi costitutivi**, che riconoscono alle forze dell’ordine il compito di prevenire e reprimere i reati, **ma mai quello di provocare la commissione**. Ammetterne una piena legittimazione, senza limitazioni di sorta, significherebbe travolgere questi ultimi e ledere i diritti fondamentali della personalità dei consociati [(a) DE MAGLIE, 312].

Com’è noto, in questo caso ci si trova al cospetto di un istituto dalle **origini abbastanza recenti**, dal momento che fino agli anni Novanta nell’ordinamento italiano «all’agente provocatore non era (...) riservato alcun *locus* normativo, né codicistico né *extra codicem*, [rappresentando] sempre e solo il prodotto di un inesauribile tormento dommatico da parte della dottrina» e «sotto il profilo sistematico (...) un istituto senza patria» [così DE MAGLIE, XIX, cui si rinvia anche per una più approfondita disamina storica degli archetipi di questo istituto, anche in ordinamenti giuridici stranieri].

In tale silenzio legislativo, **la giurisprudenza** – agendo come troppo spesso accade *supplendi causa* – **aveva comunque ritagliato un’area di non punibilità** a favore dell’agente provocatore per gli eventuali reati commessi nel corso di un’operazione di polizia giudiziaria, **facendo leva** sulla causa di giustificazione comune dell’adempimento del dovere di cui **all’art. 51 c.p.** e sull’obbligo di impedire la commissione dei reati per la p.g. di cui **all’art. 55 c.p.p.** [Cass., sez. II, 23.5.1972, n. 8266, Monne, rv. 122622; Cass., sez. I, 1.3.1969, n. 311, Faccini, riv. 112975].

L’unico requisito indispensabile richiesto era che l’agente provocatore con la sua condotta non si inserisse con rilevanza causale autonoma rispetto al fatto commesso dal provocato, ma si limitasse a svolgere una **attività indiretta e marginale**, consistente nel **controllo, osservazione e contenimento dell’altrui azione illecita** [Cass., sez. II, 22.9.2000, Alessandro, in Cass. *pen.*, 2001, 2683; Cass., sez. VI, 6.7.1990, n. 1119, Carpentieri, riv. 186283; Cass., sez. VI, 29.9.1987, n. 2890, Alan, riv. 177785; Cass., sez. II, 13.2.1985, n. 6693, Scattolin, riv. 170011].

Per la **prima volta** questa speciale tecnica di ricerca e scoperta delle prove dei reati ha trovato una disciplina normativa nella riformata legislazione **in materia di stupefacenti**, quando nel 1990, con l'art. 25 legge n. 162/1990, poi sostituito dall'art. 97 nel d.p.r. 309/1990, rubricato in principio "*Acquisto simulato di droga*", è stata dettata – sulla falsariga delle vecchie leggi speciali emergenziali emanate in tempo di guerra per impedire un altro reato-contratto, quale il commercio di determinati oggetti preziosi o rari [VIGNALE, 62] – una ipotesi di non punibilità per il **c.d. *fictus emptor*** di sostanze stupefacenti [per approfondimenti sulle origini e sulla evoluzione della figura dell'agente provocatore, con particolare riferimento alla specifica disciplina relativa alle attività "antidroga", si rinvia a G.C. AMATO, 501].

Successivamente – quasi sempre in ottemperanza ad accordi sovranazionali – sono state introdotte in maniera selettiva, secondo un casuale disegno a macchia di leopardo dettato dalle contingenti emergenze del momento [(b) DE MAGLIE, 1062], analoghe figure di agente provocatore o di infiltrato con riferimento al sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 7 d.l. 15.1.1991, n. 8, convertito in legge 15.3.1991, n. 82), al riciclaggio ed alla ricettazione di armi, munizioni ed esplosivi (art. 12-*quater* d.l. 8.6.1992, n. 306, convertito in legge 7.8.1992, n. 356), all'immigrazione clandestina (art. 12 comma 3-*septies* d.lgs. n. 286/1998, introdotto dal d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito in legge 12.11.2004, n. 271), alla prostituzione e pornografia minorile ed al turismo sessuale in danno di minori (art. 14 legge 3.8.1998, n. 269), al terrorismo (art. 4 d.l. 18.10.2001, n. 374, convertito in legge 15.12.2001, n. 438), ai delitti contro la personalità individuale ed inerenti alla prostituzione (art. 10 legge 11.8. 2003, n. 228).

Da una lettura comparata di queste disposizioni normative si desume che, a partire dalla legge del 1992, **accanto alla figura originaria dell'agente provocatore** modellata sul tipo del *fictus emptor* delle sostanze stupefacenti e riconducibile al piano del concorso morale di persone nel reato nella precipua forma della istigazione a delinquere, si è iniziata a profilare una nuova e distinta figura, quella **dell'agente infiltrato**, vale a dire di un soggetto che si insinua per lungo tempo nella struttura criminale al fine di coglierne le dinamiche, che non provoca reati ma spesso è costretto a lasciarsi provocare proprio per inserirsi più stabilmente nelle maglie dell'organizzazione, accreditando il proprio ruolo di membro della stessa [DE MAGLIE, 1059].

Proprio una simile proliferazione di nuove, settoriali e talvolta diverse, figure di agente provocatore nella legislazione complementare, ha gradualmente svelato **il principale problema** che attanagliava questa materia: **l'assenza di una normativa generale** capace di regolamentarla in modo unitario, analitico e chiaro [DE MAGLIE, 388].

La struttura labirintica e stratificata che essa aveva assunto nel tempo aveva generato incomprensibili difformità operative e procedurali e notevoli incertezze nella soluzione di entrambi i quesiti dicotomici che essa poneva circa la responsabilità penale del provocatore e quella del provocato, nonché in merito alla questione dommatica relativa alla natura giuridica della non punibilità del provocatore [ZAPPULLA, 449].

2. La legge n. 146/2006 ed il primo tentativo di riordino della normativa.

Per far fronte a tali esigenze di chiarezza e di certezza applicativa, il legislatore nel 2006, in occasione della **ratifica della Convenzione O.N.U.** contro il crimine organizzato transnazionale, ha provveduto ad una prima, radicale rivisitazione della disciplina [per approfondimenti su tali aspetti specifici si veda cap. IV, parte I].

Con l'**art. 9 della legge 16.3.2006, n. 146**, di ratifica della predetta Convenzione, ottemperando alle indicazioni ivi contenute che invitavano gli Stati firmatari ad adottare tutte le tecniche speciali d'investigazione – comprese le operazioni sotto copertura – funzionali ad un efficiente contrasto al crimine transnazionale, ha **sostituito la precedente, disgregata, legislazione** ora richiamata **con una nuova ed unitaria disciplina** delle operazioni sotto copertura (c.d. *under cover operations*), **abrogando** espressamente con l'art. 11 **la quasi totalità** delle fattispecie preesistenti e, come si vedrà meglio più avanti, facendo chiarezza – in ossequio alle indicazioni promananti dalla giurisprudenza CEDU – sulla nozione di infiltrato e sulla sua differenza rispetto a quella di agente provocatore, nonché sulla natura giuridica della non punibilità di questa speciale “scriminante” [BERARDI, 3615; BARROCU, 48; PIATTOLI, 359; LOMBARDO, 20].

Tuttavia, tale riforma, sebbene abbia garantito una sensibile semplificazione del pregresso stato di confusione e disordine che caratterizzava la materia, non ha centrato pienamente l'obiettivo della sua *reductio ad unitatem*, dal momento che **non aveva coinvolto alcune speciali fattispecie di agente provocatore**, e precisamente quelle in materia di stupefacenti di cui all'art. 97 d.p.r. 9.10.1990, n. 309, così come sostituito dall'art. 4-*terdecies* d.l. 30.12.2005, n. 272, [AMATO, 114; MANNA, 827], di prostituzione, pornografia, turismo sessuale in danno dei minori di cui all'art. 14 legge 3.8.1998, n. 269 (di questo articolo è stato infatti abrogato solo il comma 4, relativo alla facoltà d'uso, per il personale operante nelle operazioni in esame, dei beni sequestrati, e sono rimaste inalterate le facoltà descritte ai commi precedenti) [MARINELLI, 2683] e di pagamento dei riscatti nei sequestri di persona di cui all'art. 7 d.l. 15.1.1991, n. 8 [GAMBERINI, 605].

3. La legge n. 136/2010 e la definitiva (?) unificazione della disciplina.

Il cammino verso l'ampliamento e la unificazione della disciplina si è concluso solo qualche anno dopo, quando, **con l'art. 8 della legge 13.8.2010, n. 136**, “*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*”, il legislatore ha modificato sotto molteplici profili la formulazione dell'art. 9 della legge 16.3.2006, n. 146 e, soprattutto, ne ha rideterminato l'ambito di applicabilità, **includendovi** – insieme a nuovi delitti, come le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e le ipotesi non aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – **anche le fattispecie preceden-**

temente escluse perché sottoposte ad una regolamentazione speciale e procedendo alla parallela **abrogazione** di queste ultime, nonché alla trasformazione dell'art. 97 del d.p.r. 9.10.1990, n. 309, da norma di disciplina a norma di mero rinvio all'art. 9 della legge 16.3.2006, n. 146 [AURICCHIO, 60; ZAPPULLA, 449].

Le uniche disposizioni non oggetto di una esplicita abrogazione sono quelle – peraltro oggetto di penetranti osservazioni critiche dal momento che legittimano vere ipotesi di “provocazione” al reato invece che di mera “infiltrazione” [MANNA, RESTA, 223] – di cui all'art. 14 commi 1-3 legge 3.8.1998, n. 269, in materia di attività di contrasto a **reati a sfondo sessuale** [ZAPPULLA, 451].

A seguito della riforma, l'art. 9 della legge 16.3.2006, n. 146 è divenuta così la disciplina generale ed unitaria delle operazioni sotto copertura. Come si legge, infatti, chiaramente nel suo comma 1, il suo ambito di incidenza è rappresentato oggi dal seguente elenco tassativo di reati:

- delitti previsti dagli artt. 473, 474, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter*, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I (relativa ai delitti contro la personalità individuale) del codice penale;
- delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi;
- delitti previsti dall'art. 12 commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286;
- delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. 9.10.1990, n. 309;
- delitti previsti dall'art. 260 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti);
- delitti previsti dall'art. 3 della legge 20.2.1958, n. 75 (c.d. “legge Merlin”, intitolata: “*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*”);
- delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione.

Ciò dovrebbe comportare l'impossibilità di utilizzare le operazioni *under cover* anche per altri reati non espressamente annoverati in questo elenco chiuso, come ad esempio quelli contro la pubblica amministrazione o quelli della criminalità organizzata.

Questo ulteriore affinamento della disciplina delle operazioni sotto copertura dovrebbe portare anche ad una semplificazione del controllo delle stesse, tenendo conto che esse hanno attualmente nel sistema investigativo nazionale un ruolo di primo piano in molti dei settori ora elencati. Secondo i dati riportati nella **Relazione annuale del 2010 della Direzione nazionale antimafia** il numero di Comunicazioni di Operazioni sotto copertura pervenute alla stessa ai sensi della legge 6.3.2006, n. 146 è di **quarantacinque** (45) per il periodo compreso tra 1 luglio 2009 ed il 30 giugno 2010; cifra questa che, considerato il costo di tali tecniche investigative, i pericoli insiti in esse per i soggetti coinvolti e la rilevanza dei reati per i quali possono essere disposte, è decisamente elevata.

4. La legge n. 124/2007 e la prima, ragionevole, deroga alla normativa generale.

Si deve, però, rilevare che già con la **legge 3.8.2007, n. 124**, “*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*”, il legislatore aveva introdotto una deroga alla normativa generale in materia di operazioni sotto copertura, prevedendo una speciale causa di giustificazione dal tenore apparentemente analogo, ma dai requisiti sensibilmente diversi, **per il personale dei Servizi di informazione per la sicurezza** che, nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ponga in essere condotte astrattamente integranti reato [MOSCA, 243; PISA, 1431; MARENGHI, 717; CACCAMO, 729; BARROCU, 96].

Ai sensi dell’art. 17 di questa legge è infatti stato disposto che «Fermo quanto disposto dall’articolo 51 del codice penale, non è punibile il personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi, nel rispetto rigoroso dei limiti di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo e delle procedure fissate dall’articolo 18. // 2. La speciale causa di giustificazione di cui al comma 1 non si applica se la condotta prevista dalla legge come reato configura delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l’integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l’incolumità di una o più persone. // 3. La speciale causa di giustificazione non si applica, altresì, nei casi di delitti di cui agli articoli 289 e 294 del codice penale e di delitti contro l’amministrazione della giustizia, salvo che si tratti di condotte di favoreggiamento personale o reale indispensabili alle finalità istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza e poste in essere nel rispetto rigoroso delle procedure fissate dall’articolo 18, sempre che tali condotte di favoreggiamento non si realizzino attraverso false dichiarazioni all’autorità giudiziaria oppure attraverso occultamento della prova di un delitto ovvero non siano dirette a sviare le indagini disposte dall’autorità giudiziaria. La speciale causa di giustificazione non si applica altresì alle condotte previste come reato a norma dell’articolo 255 del codice penale e della legge 20 febbraio 1958, n. 75, e successive modificazioni. // 4. Non possono essere autorizzate, ai sensi dell’articolo 18, condotte previste dalla legge come reato per le quali non è opponibile il segreto di Stato a norma dell’articolo 39, comma 11, ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 270-*bis*, secondo comma, e 416-*bis*, primo comma, del codice penale. // 5. Le condotte di cui al comma 1 non possono essere effettuate nelle sedi di partiti politici rappresentati in Parlamento o in un’assemblea o consiglio regionale, nelle sedi di organizzazioni sindacali ovvero nei confronti di giornalisti professionisti iscritti all’albo. // 6. La speciale causa di giustificazione si applica quando le condotte: a) sono poste in essere nell’esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza, in attuazione di un’operazione autorizzata e documentata ai sensi dell’articolo 18 e secondo le norme organizzative del Sistema di informazione per la sicurezza; b) sono indispensabili e proporzionate al

conseguimento degli obiettivi dell'operazione non altrimenti perseguibili; c) sono frutto di una obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; d) sono effettuate in modo tale da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi. // 7. Quando, per particolari condizioni di fatto e per eccezionali necessità, le attività indicate nel presente articolo sono state svolte da persone non addette ai servizi di informazione per la sicurezza, in concorso con uno o più dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, e risulta che il ricorso alla loro opera da parte dei servizi di informazione per la sicurezza era indispensabile ed era stato autorizzato secondo le procedure fissate dall'articolo 18, tali persone sono equiparate, ai fini dell'applicazione della speciale causa di giustificazione, al personale dei servizi di informazione per la sicurezza».

Pur senza soffermarsi analiticamente su questa speciale esimente prevista, si rammenti bene, **non per le Forze di Polizia**, ma per la ben diversa categoria soggettiva degli appartenenti ai **servizi segreti**, e senza approfondire i fondati dubbi di legittimità costituzionale espressi a tal proposito dalla dottrina [PALAZZO, 1057], è agevole rilevare la sostanziale difformità rispetto alla causa di giustificazione generale dettata in materia di operazioni sotto copertura.

In primo luogo, rispetto all'art. 9 legge n. 146/2006, l'art. 17 legge n. 124/2007 ha una portata applicativa **molto più ampia e generica**. In questa disposizione normativa, infatti, **non sono elencati tassativamente i reati** per i quali può essere disposta l'operazione sotto copertura, bensì è prevista genericamente la non punibilità per il personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi; **l'unico limite oggettivo** è tracciato *a contrario* nei commi successivi, dove sono elencati i pochi reati per i quali non opera la presente causa di giustificazione.

Inoltre, in essa **manca anche una indicazione positiva delle attività "tipiche" ed "atipiche"** astrattamente integranti reato e rientranti nell'ambito di operatività della scriminante, essendo prevista indistintamente la possibilità di "commettere reati" [G. AMATO, 6].

Senza trascurare che in questo caso non è fissato legislativamente alcun limite al tipo di condotte che possono essere realizzate dagli agenti dei servizi segreti, dal momento che l'art. 17, proprio in forza della sua genericità, sembra legittimare anche comportamenti attivi autonomamente costituenti reati e non – come nel caso dell'agente infiltrato – semplici condotte di compartecipazione "passiva" alla commissione di reati altrui.

Tali eclatanti **differenze** intercorrenti tra le due cause di giustificazione ora in considerazione, oltre a risultare pienamente **ragionevoli in considerazione della netta diversità dei rispettivi destinatari**, sono in grado anche di **giustificare** la scelta legislativa della **collocazione** di quella dettata nel 2007 per i soli appartenenti ai servizi di sicurezza statali **al di fuori della *lex generalis*** in materia di operazioni sotto copertura per gli appartenenti alle Forze di Polizia. Il principio di

uguaglianza e ragionevolezza impone, infatti, di trattare in maniera diversa situazioni soggettive diverse, sia attraverso regole peculiari, sia anche tramite collocazioni sistematiche separate.

4.1. Il d.l. n. 76/2012 e la nuova, discutibile, ipotesi speciale di operazioni sotto copertura in materia di giochi. – Se questa deroga alla disciplina generale sia sostanziale che formale-classificatoria trova una razionale legittimazione nella diversità dei soggetti cui si riferisce e nella peculiarità delle attività da questi svolte, non altrettanto può dirsi per la nuova e ancor più recente disposizione speciale introdotta nel 2012. Come sovente accade, il legislatore – probabilmente in modo inconsapevole – ha realizzato una incomprensibile inversione di marcia rispetto al progetto unificatore della normativa in materia di agenti provocatori, tornando ad inserire **una nuova figura di agente infiltrato** nella normativa speciale **in materia di giochi, collocandola al di fuori dell'art. 9 della legge n. 146/2006.**

Nel d.l. 3.3.2012, n. 16, recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento*”, convertito in legge 26.4.2012, n. 44, è stata dettata all'art. 10 “*Potenziamento dell'accertamento in materia di giochi*” una speciale figura di agente provocatore nel personale delle Forze di Polizia. Ai sensi di tale norma è infatti disposto che: «l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato è autorizzata a costituire, avvalendosi di risorse proprie, un fondo destinato alle operazioni di gioco a fini di controllo, di importo non superiore a 100.000 euro annui. Con decreto del Direttore generale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato è costituito il fondo e disciplinato il relativo utilizzo. Gli appartenenti all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato sono autorizzati ad effettuare operazioni di gioco presso locali in cui si effettuano scommesse o sono installati apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettera a) o b), del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine alle eventuali violazioni in materia di gioco pubblico, ivi comprese quelle relative al divieto di gioco dei minori. Per effettuare le medesime operazioni di gioco, la disposizione del precedente periodo si applica altresì al personale della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri, del Corpo della Guardia di finanza, il quale, ai fini dell'utilizzo del fondo previsto dal presente comma, agisce previo concerto con le competenti strutture dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato. Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, dal Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno, della giustizia e della difesa, sono disciplinate, nel rispetto di quanto disposto dagli articoli 51 del codice penale e 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, in quanto compatibili, le modalità dispositive sulla base delle quali il predetto personale impegnato nelle attività di cui al presente comma può effettuare le operazioni di gioco. Eventuali vincite conseguite dal predetto personale nell'esercizio delle at-

tività di cui al presente comma sono riversate al fondo di cui al primo periodo».

Ora, sebbene ci sia in questa complessa disposizione di legge un richiamo alla normativa generale, è evidente la **crepa che essa apre nel progetto di unificazione legislativa** della materia delle operazioni sotto copertura, dal momento che **non si limita a prevedere un rinvio a quest'ultima**, come ha fatto, dopo la riforma del 2010, l'art. 97 del d.p.r. n. 309/1990, bensì **detta delle regole specifiche ed autonome**, pur non trovandosi in presenza di una tipologia di destinatari diversa rispetto a quella individuata dalla norma generale, come nella legge del 2007 sul personale dei servizi segreti.

Tale discutibile opzione politico-criminale non pone solo problemi meramente formali di ordine sistematico e di duplicazione e sovrapposizione delle fonti normative, ma sembra sollevarne anche di più rilevanti e concreti a causa della sua impropria formulazione. In particolare, essa sembra **peccare di manifesta indeterminatezza**, mancando al suo interno una tassativa elencazione dei reati che possono essere contrastati attraverso questa peculiare figura di agente sotto copertura e figurando semplicemente un **generico richiamo** alle **“violazioni in materia di gioco pubblico”**.

Una simile locuzione, oltre a prestare il fianco alle facili censure appena espresse sotto il profilo della determinatezza tassativa ed a far sorgere dubbi circa la sua compatibilità con l'art. 25 comma 2 Cost., risulta anche **dissonante rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 9 legge n. 146/2006**, dal momento che, non solo non circoscrive alla sua stregua l'operatività di questa scriminante ad una classe di reati di elevata gravità analiticamente elencati, ma addirittura, a causa di quel vago ed indistinto richiamo alle violazioni in materia di gioco, **sembra potenzialmente riferirsi anche agli illeciti amministrativi** (come ad esempio all'art. 110 TULPS), oltre che ai reati, introducendo così una potenziale (e non propriamente ragionevole) dilatazione dell'ambito di operatività delle operazioni *under cover* ben oltre quello circoscritto, immaginato dal legislatore nelle due riforme della disciplina generale degli anni Duemila.

5. L'influenza della giurisprudenza della Corte EDU sulla distinzione tra agente infiltrato ed agente provocatore.

Passando ora all'analisi dell'art. 9 legge n. 146/2006, così come si presenta oggi dopo le modifiche apportate nel 2010, il primo dato che balza agli occhi è che il **legislatore** – coerentemente con le indicazioni promananti già da tempo dalla giurisprudenza di Strasburgo e sedimentate nella giurisprudenza di legittimità nazionale – ha inteso **circoscrivere l'ambito di operatività soggettivo** di questa speciale causa di giustificazione **ai soli agenti sotto copertura** (i c.d. *under cover agents* nel linguaggio della Corte sovranazionale), omettendo deliberatamente di ricomprendervi anche gli agenti provocatori in senso stretto (i c.d. *agents provocateur*).

Com'è noto, infatti, le due figure, talvolta confuse concettualmente, sono state progressivamente separate e distinte grazie al contributo della dottrina ed a quello decisivo della Corte EDU.

Si è così arrivati a considerare **agente infiltrato** quel soggetto che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale di cui le autorità sono al corrente, in presenza di plausibili sospetti a carico di una o più persone circa la futura commissione di un reato. Nell'espletamento delle sue attività non si spinge a provocare attivamente (*recte*: a determinare effettivamente) condotte criminose altrui che, senza la sua azione, non avrebbero avuto luogo, ma si limita ad un'opera "passiva" di osservazione e contenimento [BALSAMO, 2642; Cass., sez. V, 3.6.2008, n. 26763].

Per converso, si è approdati a qualificare **agente provocatore** colui che, anche al di fuori di una missione ufficialmente autorizzata e controllata da un giudice, al solo scopo di procedere all'arresto qualora l'istigazione sia accolta, pone in essere una condotta "attiva", ossia di istigazione, induzione, ideazione o esecuzione di uno o più fatti penalmente illeciti, che senza il suo intervento determinante non si sarebbero mai verificati [LETTIERI, 20].

Tale distinzione è ben ribadita anche dalla giurisprudenza, come conferma la recente decisione della Suprema Corte in cui è affermato che «in tema di attività sotto copertura, onde apprezzarne la compatibilità con il principio del processo equo di cui all'art. 6 Cedu, come anche interpretato dalla Corte di Strasburgo, va distinta la figura dell'"agente infiltrato" da quella dell'"agente provocatore". Il primo, la cui condotta è legittima, è un appartenente alle forze di polizia o un suo collaboratore che agisce in modo controllato nell'ambito di un'attività di indagine ufficiale e autorizzata con finalità di osservazione e contenimento di condotte criminose che, in base a sospetti, si suppone che altri soggetti siano in procinto di compiere. Il secondo, invece, è soggetto che, pur appartenente alle forze di polizia, al di fuori di un'indagine ufficialmente autorizzata, determina altri alla commissione di reati che, senza la sua azione, non sarebbero stati commessi: la sua attività non è consentita e, oltre a determinare la responsabilità penale dell'infiltrato, produce, quale ulteriore conseguenza, l'inutilizzabilità della prova acquisita (art. 191 c.p.p.) e rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 Cedu» [Cass., sez. III, 7.4.2011, n. 17199, in *Guida dir.*, 2011, XXIX, 77; in senso conforme cfr. da ultimo Cass., sez. III, 10.1.2013, n. 1258]. Tuttavia, possono anche esistere figure ibride, in cui l'attività di polizia pur non essendo riconducibile all'azione tipica dell'agente infiltrato, non può neanche essere ricondotta a quella non consentita dell'agente provocatore con gli effetti anche di inutilizzabilità di cui si è detto, come ad esempio nell'ipotesi in cui risulti «che l'operatore di polizia non aveva affatto provocato gli imputati per indurli a vendere della droga, essendosi limitato a partecipare a un appuntamento solo preliminare, diretto a riscontrare l'attendibilità della notizia del traffico illecito di droga; mentre all'arresto degli imputati si era poi proceduto in conseguenza degli imprevedibili accadimenti della vicenda, caratterizzati dall'accertato possesso della droga e dall'offerta in vendita di questa proprio all'operatore in incognito» [Cass., sez. III, 7.4.2011, n. 17199, cit.].

Orbene, la legge sembra fare una precisa e netta scelta di campo su tale controverso punto. In primo luogo, nella rubrica dell'art. 9 parla unicamente di "**Operazioni sotto copertura**", sottolineando da subito la necessità che l'intervento di infiltrati **non debba mai essere realizzato in forma estemporanea od auto-**

noma (come potrebbe avvenire nel caso di agente provocatore), ma solo all'interno di servizi operativi preventivamente pianificati e coordinati con ogni altra analoga attività in corso.

In secondo luogo, nel momento in cui elenca tassativamente le attività scriminate dell'agente sotto copertura, stabilendo che non sono punibili coloro i quali «danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali», descrive un **insieme di comportamenti che integrano quelli meramente passivi** o agevolatori riconducibili alla prima figura di agente, quello infiltrato, lasciando fuori quelli attivi, diretti a stimolare o a determinare causalmente la commissione di un reato, riconducibili invece alla figura dell'agente provocatore in senso stretto.

In realtà, come si accennava in precedenza, questa opzione del legislatore non ha un valore sostanzialmente innovativo, dal momento che si limita a **ricepire, positivizzandole, le indicazioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo**, la quale, in più riprese, ha affrontato il problema dei limiti di liceità della condotta dell'infiltrato, finendo con lo scorgerli proprio nel confine con la condotta dell'agente provocatore.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, già a partire dalla fine degli anni Novanta, ha, difatti, ravvisato la violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il peculiare profilo processuale del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 comma 1 CEDU, nell'utilizzo di metodiche investigative che si concretizzano in una vera e propria **pressione od incitazione al crimine** del soggetto sottoposto ad indagini sotto copertura [DI MARTINO, 238; LOMBARDO, 29].

In particolare, con la nota **sentenza Teixeira de Castro del 1998**, la Corte Europea ha preliminarmente chiarito che nelle moderne società democratiche la funzione degli organi investigativi è quella di proteggere la collettività contro la criminalità esistente e pronta ad entrare in azione, non anche quella di creare criminalità, inducendo a delinquere soggetti che non avrebbero mai commesso alcunché di penalmente illecito se non fossero stati provocati. Una tattica realmente provocatoria, infatti, sarebbe tollerabile unicamente in un'ottica di positivismo criminologico da difesa sociale, non certo in un ordinamento dove vige il principio di colpevolezza per il quale ciascuno risponde solo in ragione della propria libera autodeterminazione a commettere un reato [cfr. Corte EDU, 9.6.1998, Teixeira de Castro c. Portogallo, in *www.echr.coe.int*, sulla quale cfr. VALLINI, 197].

Muovendo da questi presupposti è così logicamente pervenuta alla conclusione che integri una **violazione del principio del giusto processo** statuito nell'art. 6 CEDU il comportamento di alcuni agenti di p.g. non consistente in una mera operazione di osservazione e contenimento, ma in una **vera e propria pro-**

vocazione di una condotta criminosa che, senza la loro azione, non avrebbe avuto luogo [BORTOLIN, 403; LETTIERI, 29].

Parallelamente, in altre occasioni successive, la Corte EDU ha avuto modo di chiarire che quando le autorità si siano **limitate ad osservare** il comportamento di soggetti che si muovono in ambienti vicini alla criminalità e la commissione del reato è dipesa, in ultima analisi, dalla libera scelta del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia, i loro comportamenti devono essere **scriminati**, poiché non integrano alcuna violazione del principio dell'equo processo [LETTIERI, 31] (Cfr. Corte EDU, 21.2.2008, Pyrgiotakis c. Grecia, in www.echr.coe.int; cfr., altresì, Corte EDU, 21.3.2002, Calabrò c. Italia/Germania, in *Cass. pen.*, 2002, 2920, con nota di Tamietti; Corte EDU, 1.7.2008, Malininas c. Lituania, in www.echr.coe.int, con riferimento, soprattutto, allo specifico problema della violazione del diritto di confrontarsi con il proprio accusatore; da ultimo, cfr. Corte EDU, 1.6.2011, Lalas c. Lituania, in www.echr.coe.int; nonché Corte EDU, 4.11.2010, Bannikova c. Russia, in www.echr.coe.int, dove è stato ribadito che se l'attività dell'infiltrato rimane nei limiti «del **comportamento essenzialmente passivo**» non c'è alcuna violazione dell'art. 6 CEDU, diversamente, se li oltrepassa agendo illecitamente come agente provocatore, la violazione sussiste).

In altre parole, per la Corte EDU nel caso in cui venga condotta un'operazione sotto copertura, la differenza tra un processo equo ed uno condotto in violazione dell'art. 6, § 1 della Convenzione risiede nella differenza tra agente infiltrato (*undercover agent* o *agent infiltré*) ed agente provocatore (*agent provocateur*). Nelle ipotesi in cui si oltrepassa la menzionata linea di confine, non limitandosi l'agente a tenere una condotta passiva, ma realizzando vere e proprie condotte attive di istigazione al reato, il processo non sarà equo, poiché l'interesse pubblico alla scoperta e repressione dei reati, che legittima il ricorso a tali peculiari tecniche investigative, non può mai arrivare a giustificare l'utilizzazione di prove ottenute provocando la condotta illecita tramite un agente di polizia [PUGLISI, 2963; BORTOLIN, 399].

Questo orientamento interpretativo si è **radicato** anche nella nostra giurisprudenza di legittimità, dal momento che la **Corte di Cassazione** in più occasioni – proprio rifacendosi alle menzionate sentenze di Strasburgo – è pervenuta alla conclusione che il requisito per la non punibilità dell'infiltrato sia rappresentato proprio dalla sua mera **partecipazione “passiva”** alla commissione di uno dei reati per i quali è stata disposta l'operazione sotto copertura, integrando invece un contributo rilevante ai sensi del concorso di persone eventuale la **provocazione “in senso stretto”**, cioè la induzione a commettere un reato che altrimenti il provocato non avrebbe realizzato [Cass., sez. IV, 24.1.2008, Casaula, in CED 2008/239640; Cass., sez. I, 14.1.2008, D'Amico e altri, in CED 2008/239704; Cass., sez. IV, 22.9.2000, Alessandro, in CED 2000/217253; Cass., sez. IV, 22.9.1999, Lenza, in CED, 1999/215007; da ultimo, incidentalmente, tale aspetto è stato ribadito da Cass., sez. III, 7.4.2011, n. 751, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VALLINI].

5.1. Il nuovo scenario concettuale: dall'agente provocatore all'agente infiltrato. – Alla luce di questa ricognizione della giurisprudenza sovranazionale

e nazionale, le scelte legislative compiute nell'art. 9 legge n. 146/2006 di parlare di operazioni sotto copertura, di non menzionare l'agente provocatore e di descrivere attività tipiche di natura eminentemente passiva orientata «al solo fine di acquisire elementi di prova», non solo appaiono pienamente condivisibili, ma gettano anche le basi per una **ridefinizione della tematica dell'agente provocatore** classicamente intesa.

Come si vedrà meglio *infra* nel paragrafo successivo, dove ci si soffermerà sulla esplicita qualificazione ad opera del legislatore della nuova figura di agente infiltrato come causa di giustificazione in senso stretto, questa norma “**cancella**” dallo scenario giuridico nazionale la **categoria dommatica dell'agente provocatore**, confinandola, al più, negli angusti e residuali margini ricavabili dalla eventuale applicazione nei suoi confronti della sola causa di giustificazione comune dell'adempimento del dovere.

In base ad essa, sembra che l'unico soggetto sulla cui possibile impunità si possa discorrere – in virtù non di ipotesi di non punibilità di difficile e contorta individuazione, bensì della nuova esplicita causa di giustificazione speciale di cui all'art. 9 legge n. 146/2006 – non sia più il “vecchio” modello dell'agente provocatore, bensì quello nuovo dell'agente infiltrato o “sotto copertura”. L'agente provocatore, anzi, finisce oggi inevitabilmente per incarnare una figura concettuale dai contorni diametralmente opposti a quelli che erano stati definiti in passato in assenza di precise puntualizzazioni terminologiche in *subiecta materia* da parte del legislatore e della giurisprudenza (vale a dire il modello sulle cui caratteristiche costruire una causa di non punibilità), rappresentando, al contrario, il prototipo del soggetto che deve essere punito a causa del superamento, nell'espletamento delle sue attività investigative, dei limiti fissati dalla legge per la non punibilità.

6. La controversa natura giuridica.

La figura dell'agente provocatore ha storicamente sollevato notevoli incertezze quando si è trattato di individuarne la natura giuridica e di motivarne sul piano teorico la scelta della impunità.

Si è infatti prospettato di classificarla in tanti diversi modi, anche in considerazione della qualifica soggettiva di privato o di appartenente alla p.g., ma le tesi che sostanzialmente si sono contese il campo sono state due: quella che la considerava una causa di esclusione della antigiuridicità e quella che la riteneva una causa di esclusione dell'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato [per una completa panoramica di tutte le possibili ricostruzioni della natura giuridica di questa causa di non punibilità si rinvia al lavoro della (a) DE MAGLIE, 329 ss.].

Come si accennava già in apertura del presente lavoro, una parte della dottrina e della giurisprudenza, invero, riteneva che la non punibilità dell'agente

provocatore scaturisse dalla **causa di giustificazione comune di cui all'art. 51 c.p.**, letta in combinato disposto con l'art. 55 c.p.p. secondo cui la polizia giudiziaria ha l'obbligo di assicurare le prove dei reati e di ricercare i colpevoli.

Tale tesi è andata incontro alla facile obiezione che gli appartenenti alle forze di Polizia hanno il dovere generale di impedire la perpetrazione di reati, ma non certo quello di provocarne la consumazione.

Muovendo da questa critica, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che l'impunità dell'agente dipendesse **dalla mancanza del dolo di partecipazione** [PALAZZO, 524; MARINUCCI, DOLCINI, 429]. Ad avviso dei sostenitori di questo diverso orientamento, l'agente provocatore, nella convinzione che il reato non venga consumato, agisce senza il dolo di consumazione dello stesso, ma con un semplice "dolo di tentativo" che, com'è noto, nel nostro sistema penale non è sufficiente perché sussista un tentativo punibile ai sensi dell'art. 56 c.p., sicché *a fortiori* non è sufficiente perché si possa configurare un concorso morale in un delitto.

6.1. La fine di ogni dubbio: la esplicita qualificazione normativa come causa di giustificazione. – Ogni incertezza dommatica sul punto sembra essere stata definitivamente fugata dalla esplicita presa di posizione del legislatore della riforma che, in maniera indiretta prima ed esplicita poi, ha ricondotto la speciale causa di non punibilità per le operazioni sotto copertura nel novero delle cause di giustificazione in senso stretto, senza distinzioni tra provocazione statale e provocazione privata [ZAPPULLA, 453].

Questa opzione politico-criminale è, infatti, immediatamente manifestata in modo **implicito** nella **clausola di riserva espressa** con cui si apre il comma 1 dell'art. 9 legge n. 146/2006 «fermo quanto disposto dall'art. 51 del codice penale». Tale locuzione, indicando l'esistenza di un rapporto di specialità tra le due norme, lascia trasparire la sostanziale coincidenza, salvo gli elementi specializzanti, dei loro rispettivi ambiti di operatività e, soprattutto, per quel che in questa sede interessa, della loro natura giuridica di cause di esclusione dell'antigiuridicità.

Ma la definitiva e incontrovertibile prova della assimilazione della speciale causa di non punibilità in questione al *genus* delle cause di giustificazione in senso stretto è contenuta nel successivo **comma 1-bis** dell'art. 9, il quale si apre con la testuale enunciazione «la causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica ...».

Com'è noto, il legislatore è restio a denominare espressamente le cause di non punibilità attraverso le etichette della dommatica, privilegiando quasi sempre formule semanticamente neutre, quali "non punibile", "non è punito", "causa di esclusione della pena", "circostanza di esclusione della punibilità" ecc., salvo il caso delle cause di estinzione del reato e della pena che rappresentano le uniche ipotesi di non punibilità con un preciso *nomen iuris* contenute nel nostro codice e nella legislazione penale complementare.

Nel momento in cui utilizza per definire una scriminante quale quella dell'art. 9 la locuzione "**causa di giustificazione**" è certo allora che lo scopo che persegue è quello di qualificarla in maniera univoca come tale e di sollevare l'interprete dalla ricerca della sua natura giuridica.

Peraltro, la esplicita previsione di una pluralità di requisiti procedurali per la liceità delle operazioni sotto copertura, incentrati su autorizzazioni e obblighi di informazione di cui tra breve si dirà, sembra avvicinare la speciale causa di giustificazione in questione al genere ibrido e criticato, di recente emersione, delle **scriminanti procedurali**.

In realtà, com'è stato ben osservato, tali cause di giustificazione procedurali non dovrebbero trovare cittadinanza nel nostro sistema penale e non dovrebbero incarnare una nuova e diversa categoria rispetto alle cause di giustificazione, dal momento che la «procedura, per quanto significativo sia il ruolo assegnato dalla norma ai diversi effetti chiamati ad operare (...) resta soltanto servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario: per sua natura, cioè, non pare in grado di giustificare come tale in via esclusiva» [M. ROMANO, 1285].

Le scriminanti incentrate su procedure, come è parzialmente anche quella di cui all'art. 9 legge n. 146/2006, altro **non sono che cause di giustificazione ordinarie** che trovano la loro *ratio essendi* in un giudizio di bilanciamento di interessi operato dal legislatore e rinviengono nella procedura descritta unicamente un tentativo di circoscriverne l'ambito di operatività nella maniera più chiara e selettiva possibile.

Ciò significa che, nel caso di specie, la nuova causa di giustificazione rientra nel modello tipico della scriminante dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p., e trova la sua ragione giustificatrice nella prevalenza accordata in sede di giudizio di bilanciamento tra gli interessi in conflitto a quello alla scoperta dei reati da parte dello Stato, non in maniera incondizionata, bensì subordinata al rispetto della peculiare procedura in esso descritta.

6.2. I residui margini di applicazione delle altre cause di giustificazione.

– In forza della clausola di riserva espressa iniziale, si potrebbe ritenere che alcune condotte degli agenti sotto copertura non scriminabili ai sensi dell'art. 9 legge n. 146/2006 potrebbero **ugualmente essere giustificate**, ove ne sussistano tutti i requisiti richiesti dalla legge, ai sensi della *lex generalis* rappresentata dalla scriminante **dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p.**

Tuttavia, non si può non rilevare come risulti difficile da comprendere e da legittimare l'eventuale scelta di ritenere ugualmente non punibile l'agente che operi sotto copertura senza rispettare i limiti scanditi nella *lex specialis*.

Forse anche per tale ragione la giurisprudenza tende a ritenere che, quando travalica i limiti fissati dalla legge, «l'attività del così detto agente provocatore che, d'accordo con la polizia giudiziaria, propone ad uno spacciatore e realizza la compravendita di droga al fine di farlo arrestare, è del tutto fuori dalla sfera di operatività dell'art. 51 c.p., ossia dell'adempimento di un

dovere di polizia giudiziaria. Non può farsi discendere dall'obbligo di polizia giudiziaria di ricercare le prove dei reati e di assicurare i colpevoli alla giustizia l'esclusione, ai sensi dell'art. 51 c.p., della responsabilità del così detto agente provocatore, giacché è adempimento di un dovere perseguire i reati commessi, non già suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori» [Cass., sez. V, 2 marzo 2011, n. 14221; nonché, da ultimo, nello stesso senso Cass., sez. III, 18.10.2012, n. 45922].

Ciò non di meno, in taluni casi tale conclusione appare l'unica praticabile, come ha implicitamente confermato anche la giurisprudenza di legittimità in una recente pronuncia in cui ha sostenuto che l'agente infiltrato che non abbia rispettato tutte le indicazioni procedurali dettate dalla legge vigente al momento dei fatti (in quel caso l'art. 97 d.p.r. n. 309/1990), non debba essere considerato punibile quando abbia tenuto un comportamento di tipo meramente "passivo", di osservazione e controllo dei reati, e si sia determinato ad agire in forza di elementi che non aveva preso originariamente in considerazione [Cass., sez. III, 7.4.2011, n. 17199].

In tale circostanza, il suo comportamento non sarà riconducibile né nella figura tipica di agente sotto copertura cristallizzata nella legge speciale, né tanto meno, in quella di agente provocatore ricostruita *ex adverso* dalla giurisprudenza della Corte EDU, dal momento che il suo contributo non ha avuto una efficacia causale rispetto alla effettiva consumazione di un reato che altrimenti gli imputati non avrebbero commesso (il caso di specie si riferiva ad un Ispettore di polizia, il quale, avuta casualmente notizia che una donna era in contatto con persone dedite al traffico di stupefacenti, aveva cercato di verificarne l'attendibilità organizzando senza le preve comunicazioni richieste dalla legge un incontro con i presunti spacciatori al fine di predisporre, una volta accertata la disponibilità da parte loro dello stupefacente, un'operazione organizzata con le modalità previste dalla legge. Tuttavia, in maniera del tutto imprevista, in occasione di tale primo incontro perlustrativo egli si era trovato al cospetto di un'offerta in vendita dello stupefacente ed alla constatazione della effettiva detenzione dello stesso, sicché aveva deciso all'istante di passare all'azione e procedere all'arresto degli spacciatori. Breve: la sua condotta si era limitata alla osservazione e controllo, ma era stata compiuta senza osservare i requisiti procedurali dettati dalla legge).

Come ha avuto modo di precisare in una recentissima decisione la Suprema Corte, gli agenti di polizia giudiziaria non rispondono a titolo di concorso nel reato "provocato" nell'ipotesi in cui la loro operazione sia nata da un contatto confidenziale di un loro superiore gerarchico, sia nota ad un dirigente maggiore, sia stata predisposta per la stessa un foglio di servizio: in tale circostanza, infatti, la condotta degli agenti è giustificata «dall'adempimento del dovere istituzionale di impedire la commissione di reati in materia di stupefacenti, provvedendo innanzitutto, al sequestro di partite di droga e all'individuazione dei soggetti detentori delle stesse». La applicabilità dell'art. 51 c.p. è, dunque, resa possibile, per un verso, dal fatto che la condizione di subordinazione degli agenti non gli consentiva di sapere che si trattava «di operazione condotta senza rispettare il procedimento previsto dalla legge», per altro verso, dal fatto che non si era in presenza «di ordine che apparisse *ictu oculi criminale*, secondo la comune percezione» [Cass., sez. IV, 7.3.2013, n. 10616].

La clausola di riserva iniziale rischia solo di porre nel nulla lo sforzo di preci-

sione fatto dal legislatore del 2006 con cui sono stati individuati in maniera tassativa i reati per i quali si possono giustificare le operazioni sotto copertura.

Si potrebbe, infatti, ritenere che il ricorso ad agenti infiltrato per reati non contenuti nel catalogo, come ad esempio quelli contro la p.a. e in materia di criminalità organizzata, dell'art. 9 possa essere scriminato ugualmente ai sensi dell'art. 51 c.p.

Per il resto, al di fuori di questi casi limite, si può sostenere che ove l'agente sotto copertura si trovi costretto a travalicare i confini tracciati dalla legge ed a tenere un comportamento non meramente passivo di osservazione e controllo, ma attivo di commissione o di partecipazione alla commissione di reati, egli **possa essere scriminato ai sensi dell'art. 54 c.p.**

La condizione richiesta naturalmente è che ne sussistano i presupposti e si dimostri che egli abbia commesso il fatto «costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

Questa è la situazione classica in cui si viene a trovare, ad esempio, l'infiltrato in una organizzazione criminale dedita al traffico di sostanze stupefacenti a cui venga richiesto di partecipare all'acquisto di un grosso quantitativo di droga o allo spaccio della stessa per metterne alla prova e verificarne la piena disponibilità ed affidabilità. L'eventuale diniego da parte sua potrebbe far sorgere negli affiliati seri dubbi sulla sua identità ed esporlo ad un immediato, grave ed inevitabile pericolo per la sua incolumità [G.C. AMATO, 507].

Laddove, però, il soggetto infiltrato si adatti allo "stile di vita" dei membri del sodalizio criminale ed inizi a commettere fatti penalmente rilevanti senza che sussistano gli stringenti requisiti dello stato di necessità, non residueranno margini per sostenere la sua impunità e – nonostante i rischi cui egli si sia esposto per l'espletamento delle sue attività – dovrà essere necessariamente considerato penalmente responsabile degli stessi.

7. I requisiti di liceità della "procedura sotto copertura": a) i reati per i quali può essere disposta.

Come si è visto in precedenza, nel delicato sforzo di cercare di preservare l'agente infiltrato da eventuali rischi penali, che si cumulerebbero irragionevolmente con i già notevoli rischi per l'incolumità fisica a cui lo espongono le operazioni sotto copertura, il novellato testo dell'art. 9 legge n. 146/2006 contiene al comma 1 **l'elencazione completa e tassativa** delle sole fattispecie **delittuose di particolare gravità** per le quali può essere disposto l'utilizzo della speciale tecnica investigativa in esame, peraltro alle implicite, ma importanti condizioni che le stesse fattispecie siano già state precedentemente realizzate, ovvero – sulla base di un quadro indiziario di una certa gravità – sia possibile presumere la loro

prossima commissione, e che gli ordinari strumenti investigativi non siano efficaci o sufficienti per il loro accertamento. Diversamente, ci sarebbe il rischio di trasformare queste tecniche di indagine concepite per la scoperta di specifiche forme di criminalità già in essere in fonti di commissione di ulteriori reati non ancora realizzati [BORTOLIN, 409].

A prima vista potrebbe lasciare perplessi la constatazione della **mancata previsione** nel *numerus clausus* dei reati per i quali si può disporre una operazione sotto copertura del delitto di associazione di stampo mafioso di cui **all'art. 416-bis c.p.** [BALSAMO, 2643; AURICCHIO, 61].

In realtà, questa opzione politico-criminale la si può spiegare alla luce delle caratteristiche criminologiche di questo tipo di reato associativo: le associazioni mafiose, infatti, sono incentrate prevalentemente sulle relazioni di parentela, dal momento che proprio questo dato è quello che più facilmente garantisce la sicurezza e la clandestinità delle operazioni del gruppo. Sarebbe difficile, per non dire impensabile, che un agente di polizia dall'esterno contatti il clan mafioso, si inserisca nell'organizzazione, ne conosca i segreti, partecipi alle decisioni, esegua gli ordini mantenendosi nei limiti "passivi" fissati dalla legge, senza suscitare sospetti negli associati [DE MAGLIE, 1070]. La più probabile forma di contatto con tali sodalizi è quella occasionale e non certamente quella stabile, rappresentata proprio da quell'insieme di condotte tipiche e, soprattutto, atipiche (si pensi per tutte a quelle del dare rifugio o del prestare assistenza agli associati) che l'art. 9 descrive come strumentali alla scoperta dei reati-scopo caratteristici dei sodalizi criminali, anche di stampo mafioso.

Non di meno, nella prassi applicativa le operazioni sotto copertura forniscono sovente notizie ed informazioni utili anche rispetto al reato di associazione di stampo mafioso, dal momento che possono essere disposte in materia di armi e, soprattutto, per il reato di associazione dedita al traffico di stupefacenti di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/1990, e che questa associazione spesso coincide in tutto o in parte (o quanto meno è strettamente collegata) con quella di tipo mafioso.

Tuttavia, si deve rilevare che **il comma 8** dello stesso art. 9 legge n. 146/2006 sembra **contraddire** questa scelta selettiva operata dal legislatore nel comma 1 di escludere l'art. 416-bis c.p. dal novero dei reati per i quali possono essere autorizzate le operazioni sotto copertura.

Questa disposizione, nel prevedere degli obblighi di informazione circa le attività svolte dagli infiltrati, afferma che «per i delitti indicati all'art. 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale, la comunicazione è trasmessa al procuratore nazionale antimafia». Com'è noto, l'articolo del codice di rito richiamato per *relationem*, il 51 comma 3-bis, si riferisce ai delitti, «consumati o tentati, di cui agli artt. 416 bis e 630 c.p., ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'art. 74 del Testo Unico approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309».

Se il legislatore avesse voluto circoscrivere l'obbligo di comunicazione al procuratore nazionale antimafia solo ai delitti in materia di stupefacenti o di se-

questo estorsivo lo avrebbe fatto espressamente, dal momento che così ha fatto in più commi dello stesso art. 9; ma, evidentemente, l'intenzione era quella ben diversa di **riferirsi anche ai reati associativi di stampo mafioso** e a quelli commessi avvalendosi del condizionamento mafioso. Rinviano a tale norma dal contenuto così ampio ha finito con annettere anche questi ultimi nel novero dei reati per i quali possono essere svolte legittimamente operazioni sotto copertura.

In conclusione, se è previsto un obbligo di comunicazione alla procura nazionale antimafia circa le notizie apprese relativamente a tali reati da parte degli infiltrati, si dovrebbe dare per scontato che queste attività possano essere autorizzate e che l'omessa menzione nell'art. 9 comma 1 legge n. 146/2006 sia il frutto di una svista legislativa.

Alla luce di questa norma potrebbe, quindi, aprirsi uno **spiraglio** per invocare la **diretta applicabilità** della disciplina generale in materia di operazioni sotto copertura anche per gli **infiltrati in associazioni di stampo mafioso**, senza dover ricorrere (con tutte le riserve manifestate in precedenza) all'art. 51 c.p. indicato nella clausola di sussidiarietà espressa del comma 1 dell'art. 9 legge n. 146/2006.

Non di meno, si potrebbe però obiettare che tale argomento non sia decisivo, e si potrebbe prospettare, al contrario, di intendere il rinvio ivi contenuto alla disposizione del codice di rito non incondizionato, bensì limitato alle sole fattispecie elencate sia all'interno di quest'ultima, che all'interno dell'art. 9.

Infine, a tal proposito è opportuno rilevare che rispetto a questi reati può comunque operare, per il solo **personale dei servizi segreti**, l'altra figura speciale di infiltrato introdotta nella legge n. 124/2007 di cui si è parlato *supra*, § 4.1.

7.1. b) I soggetti legittimati. – Con la riforma dell'art. 9 legge n. 146/2006 si è proceduto anche alla unificazione della disciplina per quanto concerne l'ambito soggettivo di operatività di questa speciale causa di giustificazione, procedendo alla **individuazione analitica e tassativa dei soggetti legittimati a svolgere operazioni sotto copertura**.

Ai sensi del comma 1 lett. *a*) di questo articolo sono, infatti, annoverati unicamente: «gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia», che agiscano, peraltro, nel corso di specifiche operazioni di polizia, «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine» a taluno dei delitti indicati dal medesimo articolo. Ai sensi della lett. *b*) sono poi individuati per i reati con finalità di eversione o di terrorismo «gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo».

Con la riforma del 2010 è stato inserito il comma 1-*bis* dell'art. 9 che ha esplicitato un requisito procedurale per la legittimazione dell'operazione sotto copertura da parte di uno dei soggetti tassativamente elencati nel comma prece-

dente. Tale norma, infatti, dispone che «la causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi del presente articolo».

Ciò significa che non è sufficiente appartenere ad una delle predette categorie di soggetti e compiere una delle attività tipiche o atipiche individuate dall'art. 9, ma è necessario anche che tali attività siano state previamente **“autorizzate e documentate”**.

Il comma 3 del medesimo articolo precisa poi che «l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è **disposta dagli organi di vertice** ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'art. 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 in relazione ai delitti previsti dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, di seguito denominate “attività antidroga”, è specificatamente disposta dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato».

Inoltre, in base a quanto disposto nel comma 4, dello stesso art. 9, «l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini. Dell'esecuzione delle attività antidroga è data immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga e al pubblico ministero competente per le indagini. Se necessario o se richiesto dal pubblico ministero e, per le attività antidroga, anche dalla Direzione centrale per i servizi antidroga, è indicato il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa».

In questo modo il legislatore ha inteso assegnare ai rispettivi vertici delle singole unità delle Forze di Polizia il compito di autorizzare e controllare lo svolgimento delle operazioni sotto copertura compiute da parte degli infiltrati. La *ratio* di tale previsione, che tende a concentrare la responsabilità di queste speciali missioni investigative in capo a soggetti posti in posizioni apicali nelle gerarchie delle forze dell'ordine, deve essere ravvisata in due diversi profili: da un lato, nella notevole pericolosità di queste operazioni che mettono a repentaglio la vita e l'incolumità fisica degli agenti che vi partecipano; dall'altro nei costi elevatissimi che esse comportano [G.C. AMATO, 506].

Tuttavia, non si può non osservare come tale opzione legislativa rischi di risultare incompatibile con le diverse indicazioni dettate a livello sovranazionale

dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di operazioni *under cover*. La previsione nell'art. 9 legge n. 146/2006 di un semplice obbligo di comunicazione al pubblico ministero dell'inizio dell'esecuzione delle attività investigative sotto copertura (peraltro, neanche necessariamente preventivo), sganciato da una successiva autorizzazione da parte dello stesso magistrato inquirente, sembra stridere con la richiesta proveniente dalla Corte EDU, come condizione necessaria ed inderogabile per potere considerare legittime ai sensi dell'art. 6 § I CEDU le operazioni *under cover*, di garantire sempre rispetto ad esse un controllo necessario dell'autorità giudiziaria [BORTOLIN, 408].

Per sanare un simile contrasto, una parte della dottrina ritiene opportuno procedere ad una interpretazione convenzionalmente conforme della normativa interna di cui all'art. 9, alla luce dell'art. 6 § I CEDU e della lettura che di questo ha fornito la giurisprudenza della Corte EDU, e richiedere (in contrasto con il dato letterale della norma) come condizione imprescindibile per la legittima gestione di una tecnica di indagine così invasiva, «una continua ed effettiva interazione tra le strutture specializzate delle forze di polizia ed il magistrato inquirente, nel rispetto delle prerogative che, nel nostro sistema processuale penale, sono assicurate a quest'ultimo nell'espletamento della sua funzione di direzione delle indagini preliminari» [BORTOLIN, 408].

Una soluzione ermeneutica di questo tipo, sebbene sembri ragionevole *prima facie*, potrebbe però sostanzarsi in un'inaccettabile lettura *in malam partem* delle disposizioni di legge contenute nella legge n. 146/2006, in aperto contrasto con il tenore letterale delle medesime; l'unica alternativa percorribile, non ponendo il giudice interno disapplicare una norma nazionale perché in contrasto con il diritto convenzionale, dovrebbe essere allora quella di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 1 legge n. 146/2006 per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione al parametro interposto dall'art. 6 § I CEDU, nella parte in cui non prevede la comunicazione preventiva delle operazioni *under cover* al p.m.

7.1.1. Gli agenti di polizia giudiziaria, le persone interposte e gli ausiliari. – Secondo quanto disposto dal comma 1 dell'art. 9 legge n. 146/2006, gli unici soggetti coperti dalla scriminante speciale delle operazioni sotto copertura sembrerebbero essere gli **ufficiali di polizia**.

Il comma 5, però, introducendo una significativa innovazione rispetto alle precedenti settoriali discipline dettate in materia di agente provocatore prima del 2006 ed eliminando i problematici tentativi di distinguo tra provocazione statale e provocazione privata, prevede la possibilità di estendere il novero dei soggetti attivi beneficiari della non punibilità, ammettendo che «per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di **agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone**, ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per medesimi casi».

Questa innovativa opzione del legislatore della riforma è funzionale ad implementare l'efficacia dell'azione investigativa in questi precisi settori della

criminalità, consentendo di ricorrere **all'apporto di intermediari** appartenenti a livelli di grado inferiore delle forze dell'ordine (gli agenti di polizia giudiziaria) o del tutto estranei ad esse [MOROSINI, 761]. In precedenza l'ausilio dell'*extra-neus* diverso dall'ufficiale di p.g. alle operazioni sotto copertura – sovente indispensabile, data la difficile permeabilità delle organizzazioni criminali da parte degli esterni, senza l'intermediazione di referenti ad esse vicini in grado di accreditarli ai loro occhi – era infatti considerato non scusabile ai sensi delle speciali disposizioni vigenti in materia di agente provocatore [Cass., sez. IV, 22.9.2000, Alessandro, in CED 2000/11634], salvo particolari condizioni. La Suprema Corte aveva, difatti, ritenuto che «la condotta del privato che collabori ad un'operazione di polizia in veste di agente provocatore risulta scriminata se risulta che egli abbia effettivamente agito in forza di un ordine dell'autorità e se risulta che il suo contributo non abbia travalicato i limiti di un'attività di mero controllo, osservazione e contenimento della condotta criminosa altrui» [Cass., sez. IV, 17.12.2008, in *Cass. pen.*, 2010, 1828; Cass., sez. IV, 22.9.2000, n. 11634; Cass., sez. I, 14.4.1999, n. 6302].

La nuova norma, invece, prevede oggi la esplicita possibilità per gli ufficiali di polizia giudiziaria di farsi coadiuvare nell'espletamento delle loro attività sotto copertura, oltre che dagli agenti di polizia giudiziaria, anche da due diverse tipologie di soggetti non appartenenti alle forze dell'ordine: 1) le **persone interposte**; 2) gli **ausiliari**.

Le **persone interposte** sono quelle che, unitamente all'agente infiltrato, partecipano alle attività sotto copertura autorizzate dalla legge e possono essere sia esterne alle Forze di Polizia, come nel caso dei confidenti, dei partecipi dell'organizzazione infiltrata, degli interpreti che accompagnano l'agente per consentirgli di dialogare con interlocutori stranieri, sia interne ad esse, come nel caso degli agenti di polizia giudiziaria chiamati a coadiuvare gli ufficiali di polizia giudiziaria. [G.C. AMATO, 509].

Gli **ausiliari**, invece, sono coloro i quali – interni o esterni alle Forze di Polizia – coadiuvano a vario titolo l'agente infiltrato nell'espletamento delle sue mansioni, senza prendere però materialmente parte al concreto svolgimento delle attività sotto copertura. In tale categoria di soggetti rientrano tutte le persone dotate di competenze specialistiche estranee agli agenti infiltrati e necessarie per garantire il buon esito delle attività investigative, come ad esempio il meccanico che smonti o rimonti i pezzi di un veicolo per consentire l'applicazione di una microspia, o l'interprete che in tempo reale traduca i dialoghi stranieri sottoposti ad intercettazioni telefonica o ambientale [G.C. AMATO, 509].

7.2. c) Le attività scriminate. – Allo scopo di sgomberare il campo dai possibili dubbi inerenti alla tipologia delle attività coperte dalla causa di giustificazione in esame, nell'art. 9 comma 1 legge n. 146/2006, il legislatore ha proceduto alla elencazione delle stesse, attraverso un duplice schema espositivo: nella prima parte del predetto articolo, **elenca tassativamente le attività tipiche** che

possono compiere gli agenti infiltrati, sancendo che non sono punibili solo nel caso in cui «danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego»; nella seconda parte – innestata con la riforma del 2010 allo scopo di raccogliere le precise istanze provenienti dalle Forze di Polizia di poter godere di maggiore libertà e tranquillità di azione – rinuncia alla descrizione analitica e procede ad una descrizione per clausole generali ai limiti della indeterminatezza, prevedendo che non sono punibili altresì gli infiltrati anche quando «compiono attività prodromiche e strumentali» [ZAPPULLA, 452].

Se, dunque, la prima parte dell'elenco sembra agevolare l'interprete nella individuazione del perimetro delle attività scriminate, la seconda parte finisce per creare nuove incertezze esegetiche, riconoscendo la possibilità di ricondurre nel fuoco della speciale causa di non punibilità in questione qualunque tipo di condotta penalmente rilevante che sia considerata in sede giudiziaria **“prodromica” o “strumentale”**.

Per quanto ci si possa sforzare in via interpretativa nel tentativo di oggettivizzare tale tipo di comportamenti, fissando dei parametri per considerare quando una attività dell'infiltrato possa essere qualificata correttamente prodromica o strumentale, è evidente come non si possa riuscire ad eliminare l'eccessiva discrezionalità che la loro mancata, precisa, definizione da parte del legislatore attribuisce agli operatori del diritto [ZAPPULLA, 452].

7.2.1. Le altre attività autorizzate. – Oltre ai fatti espressamente indicati nel comma 1, l'art. 9 prevede un'altra serie di condotte che possono essere autorizzate, anche se non costituenti reato. In base a quanto previsto dal comma 2, «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati dagli organismi competenti secondo le modalità stabilite dal decreto di cui al comma 5, anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività».

Inoltre, ai sensi dell'art. 9 comma 5, è previsto che «per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura, l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione e la gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi».

Infine, in forza di quanto disposto dal comma 8 sempre del medesimo art. 9,

«l'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo ovvero per lo svolgimento dei compiti d'istituto».

7.2.2. In particolare: a) per i reati in materia di stupefacenti. – Nel prosieguo della norma sono poi dettate delle specifiche regole per quanto concerne alcune categorie peculiari di reato.

In particolare, per i reati in materia di sostanze stupefacenti è previsto nel comma 6 che «quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1, per i delitti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente ai casi previsti agli articoli 73 e 74, gli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e le autorità doganali, limitatamente ai citati articoli 73 e 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, e successive modificazioni, **possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza**, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero, che può disporre diversamente, e trasmettendo allo stesso pubblico ministero motivato rapporto entro le successive quarantotto ore. Per le attività antidroga, il medesimo immediato avviso deve pervenire alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale».

«Per gli stessi motivi di cui al comma 6, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore. Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti nonché delle sostanze stupefacenti o psicotrope e di quelle di cui all'art. 70 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni» [su tali specifici aspetti si rinvia più ampiamente a G.C. AMATO, 520].

7.2.3. (Segue) b) per il sequestro a scopo di estorsione. – Per quel che riguarda il sequestro a scopo di estorsione, il comma 6-*bis*, introdotto in occasione della riforma del 2010, prevede che «quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui all'art. 630 del codice penale, il pubblico ministero può richiedere che sia autorizzata **la disposizione di beni**, denaro o altra utilità per

l'esecuzione di operazioni controllate per pagamento del riscatto, indicandone le modalità. Il giudice provvede con decreto motivato».

8. La non punibilità del provocato.

Come si accennava in apertura, l'altro aspetto estremamente controverso posto dalle operazioni sotto copertura e che costituisce il lato opposto della medaglia della non punibilità dell'infiltrato, è rappresentato dalla eventuale esclusione della punibilità del provocato, vale a dire di quel soggetto determinato o istigato da un agente provocatore alla commissione di un reato che altrimenti non avrebbe commesso [per una completa analisi delle diverse soluzioni immaginate per garantire la non punibilità del provocato si rinvia per tutti a (a) DE MAGLIE, 395 ss.].

Tradizionalmente si è cercato di rinvenire dei margini per sostenere la sua impunità facendo leva su una causa di esclusione della tipicità quale il **reato impossibile** per inidoneità dell'azione di cui all'art. 49 comma 2 c.p., tuttavia non senza qualche difficoltà ed opinione contraria.

Una parte della giurisprudenza aveva, difatti, osservato che l'inidoneità dell'azione che rende non punibile un fatto costituente reato è esclusivamente quella assoluta, originaria ed intrinseca e non anche quella scaturita da una causa esterna quale può essere quella rappresentata dallo svolgimento di un'operazione di polizia giudiziaria [Cass., sez. VI, Carvajal, in CED 2000/8722; Cass., sez. I, 17.12.1970, n. 3014, Arena, riv. 116746; Cass., sez. I, 15.2.1974, n. 8515, Hermann, riv. 128493; Cass., sez. I, 27.5.1986, n. 14251, Palumbo, riv. 174666; Cass., sez. VI, 16.10.1989, n. 2218, Battaglia, riv. 183376; sul punto cfr. G.C. AMATO, 519].

Ciò non di meno, la Suprema Corte in diverse pronunce degli ultimi anni ha riconosciuto in modo univoco la non punibilità del provocato proprio ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p., sebbene a precise e restrittive condizioni. In particolare, ad avviso della Cassazione

«nell'ipotesi della presenza di un agente provocatore, l'esclusione della punibilità stabilita dall'art. 49, cpv., c.p., presuppone necessariamente la derivazione assoluta ed esclusiva dell'azione delittuosa dall'istigazione di tale soggetto e non può pertanto configurarsi quando la determinazione sia proveniente anche da attività di soggetti diversi dall'agente provocatore. Ne consegue che, in tal caso, l'attività dell'agente provocatore costituisce un fattore estrinseco che dà spunto all'azione delittuosa, ma non esclude affatto che questa sia stata voluta e realizzata dal reo secondo impulsi e modalità allo stesso autonomamente riconducibili. (Fattispecie relativa all'iniziativa di un ispettore di polizia, il quale appresa causalmente la notizia che vi erano persone dedite al traffico di stupefacenti, ha cercato di verificare l'attendibilità della notizia organizzando un incontro con i presunti spacciatori al fine di predisporre un'operazione organizzata con le modalità di legge)» [Cass., sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199, in Riv. pen., 2011, 1017; nello stesso senso cfr. Cass., sez. III, 18 marzo 2011, n. 2811; Cass., sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11915; Cass., sez. VI, 24 gennaio 2008, n. 16163].

Com'è stato precisato in un'altra decisione coeva: il provocato può andare esente da pena

in applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p. quando «l'attività sotto copertura di polizia giudiziaria per il contrasto dei reati, lungi dall'essere determinante per la commissione degli stessi (nel senso che, senza di essa, il reato non sarebbe stato commesso), si limita a disvelare un'intenzione criminale già esistente, ma allo stato latente, fornendo solo l'occasione per il suo concretizzarsi», come ad esempio nel caso in cui si accerti la preesistenza «della volontà e della predisposizione degli indagati a commettere il delitto; la presenza di pregressi rapporti di costoro con ambienti criminali; la disponibilità della rilevante quantità di droga poi consegnata agli agenti» (Cass., sez. IV, 3 marzo 2011, n. 26674). In queste circostanze, la condotta degli agenti infiltrati è una mera occasione della commissione del delitto, in quanto «gli indagati erano pronti a commettere la violazione anche in mancanza dell'intervento degli agenti di polizia, i quali si sono limitati a consentire di disvelare la loro intenzione criminale già esistente, ma allo stato latente, fornendo ai ricorrenti la mera occasione per concretizzarla» [Cass., sez. IV, 3.3.2011, n. 26674, cit.]. Da ciò discende, *ex adverso*, che «la condotta è punibile quando l'intervento dell'agente provocatore si ponga come concausa rispetto alla determinazione causale all'azione, costituendo solo un mero fattore estrinseco che da spunto ad un'attività delittuosa, causalmente riconducibile ad autonoma determinazione del reo» [Cass., sez. III, 29.5.2012, n. 40570].

Più di recente, una parte avveduta della dottrina ha spostato il fuoco dell'attenzione su altri profili, ricercando altrove le possibili condizioni per ritenere non punibile il provocato.

In particolare, è stato osservato come la impossibilità di considerare anche questo soggetto non punibile, quando risulti che egli non avrebbe realizzato il reato commesso senza il decisivo contributo causale dell'agente provocatore, appaia **difficilmente compatibile con la CEDU**. Per la precisione, tale soluzione (ignorando il ruolo di determinante contributo causale della condotta dell'infiltrato nel fatto commesso dal provocato) contrasterebbe con il **principio dell'equo processo** enunciato dall'art. 6 comma 1 della predetta Convenzione e ribadito e precisato da quelle decisioni della Corte di Strasburgo citate in precedenza [DI MARTINO, 239].

Ad avviso dei sostenitori di tale orientamento, nonostante la veste procedurale dei principi di diritto affermati in quelle sentenze, in realtà dietro di essi si celerebbe anche un **istituto di natura sostanziale** rappresentato proprio dalla definizione indiretta di una **ipotesi di non punibilità del provocato**.

In altre parole, si ritiene che all'accertamento della efficacia causale della condotta dell'agente infiltrato rispetto al reato commesso dal provocato ed alla conseguente e corretta affermazione – nell'ottica squisitamente processuale presa in considerazione dalla Corte sovranazionale – della inutilizzabilità del materiale probatorio eventualmente acquisito per dimostrare la sua punibilità, dovrebbe logicamente seguire sul terreno del diritto penale sostanziale l'affermazione della sua non punibilità [DI MARTINO, 239].

La regola processuale deducibile dall'art. 6 comma 1 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU in precedenza richiamata, determinerebbe cioè come effetto riflesso indiretto in materia penale sostanziale quello della non punibilità del provocato, non potendo egli essere condannato sulla base di **prove acquisite illegalmente**.

A tale conclusione si dovrebbe, peraltro, pervenire anche in forza di una piena valorizzazione di due **principi fondamentali** del nostro sistema penale, letti in

chiave di complementarità teleologica secondo l'insegnamento di Bricola, seguito poi dalla Corte costituzionale nelle celebri sentenze del 1988 nn. 364 e 1085: il **principio di colpevolezza** e quello della **funzione rieducativa della pena** [BRICOLA, 53 ss.; ALESSANDRI, 20 ss.].

È evidente, infatti, come una sentenza di condanna pronunciata nei confronti di un "provocato" sulla base delle sole dichiarazioni di agenti provocatori *strictu sensu* intesi (e, quindi, di dichiarazioni illegittimamente acquisite, perché contrastanti con l'art. 6 CEDU) finisca per violare entrambi tali principi.

In primo luogo, in tal modo **si incrinerebbe il principio di colpevolezza** statuito nell'art. 27 comma 1 Cost., poiché si condannerebbe un soggetto per un fatto che non gli è personalmente "rimproverabile", dal momento che egli non l'avrebbe mai commesso senza l'apporto causale determinante dell'agente provocatore. Anzi, una simile scelta punitiva finirebbe con il far riapparire sullo scenario del diritto penale tralattizie (e per fortuna, oramai superate) forme di "colpevolezza per lo stile di vita": ad essere punito sarebbe, invero, non il fatto concreto commesso, bensì la tendenza alla commissione di quel genere di reato dimostrata dal provocato che abbia accolto la provocazione.

In secondo luogo, si determinerebbe anche una palese ed inaccettabile **frustrazione della finalità rieducativa della pena** enunciata nel correlato art. 27, comma 3 Cost., poiché non avrebbe alcun senso ed alcuna possibilità di rieducare (*recte*: tendere alla rieducazione) l'inflizione di una pena nei confronti di un soggetto per un fatto che egli non avrebbe commesso senza l'intervento decisivo di un terzo soggetto appartenente alle Forze di Polizia.

Anzi, al contrario, una pena irrogata in presenza di tali condizioni, rischierebbe solo di essere controproducente e di non perseguire alcuna delle funzioni che le competono (esplicitamente o implicitamente) in uno Stato sociale di diritto.

Non solo, non potrebbe assolvere alcuna **funzione special-preventiva positiva** nei confronti del singolo autore del fatto che, all'opposto, la percepirebbe come ingiusta ed incomprensibile, maturando sentimenti di ostilità verso l'ordinamento giuridico; quando anche non potrebbe assolvere alcuna **funzione general-preventiva positiva** nei confronti dei consociati, i quali sarebbero altresì disorientati dalla irrogazione di una pena nei confronti di un fatto che non sarebbe stato commesso senza l'istigazione delle Forze di Polizia e che, quindi, in ultima istanza risulta commesso proprio da quello Stato che dovrebbe impedire la sua commissione.

Senza trascurare che una pena di questo tipo sarebbe anche contraria al principio di **proporzione e di adeguatezza** delle pene, finendo per punire in maniera decisamente eccessiva rispetto alla gravità del comportamento tenuto il soggetto che, al più, poteva essere considerato socialmente pericoloso per la sua tendenza a delinquere, ma che senza l'ausilio dello Stato non avrebbe commesso quel fatto costituente reato.

In un moderno sistema penale teleologicamente orientato alle funzioni della pena, quindi, in cui le finalità perseguite dalla sanzione criminale dovrebbero giocare un ruolo determinante nella interpretazione ed applicazione delle nor-

me, nonché nella definizione dei significati delle categorie e dei principi penalistici [su tali specifici aspetti si rinvia per tutti a MOCCIA, 83 ss.], l'eventuale affermazione della punibilità del provocato sulla base delle sole dichiarazioni di un agente provocatore che lo abbia indotto a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso risulta del tutto insostenibile.

Si deve osservare, peraltro, che significativi passi in questa direzione sono già stati compiuti in **altri ordinamenti giuridici**, come ad esempio quello **inglese**.

In origine, anche il sistema britannico non riteneva in alcun modo scriminabile il reato commesso a causa dell'*entrapment*, ovvero del c.d. "intrappolamento" del soggetto provocato, "incastrato" al momento della commissione del fatto.

Successivamente, al fine di uniformarsi ai principi di diritto enunciati dalla Corte di Strasburgo a partire dalla menzionata sentenza Teixeira de Castro, anche i giudici britannici hanno iniziato a ritagliare degli spazi di non punibilità per il provocato, allo scopo di prevenire abusi del potere esecutivo e di proteggere l'integrità del sistema della giustizia penale.

In due **decisioni del 2000**, relative rispettivamente ai casi Looseley e A-G's Reference, la *House of Lords* – pur escludendo la configurabilità di una causa sostanziale di non punibilità per effetto dell'*entrapment* – ha potenziato sensibilmente la tutela del soggetto indotto alla commissione del reato dall'attività della polizia, affermando che tale situazione può determinare una paralisi della pretesa punitiva, in quanto integra una fattispecie di "**abuso del processo**", se la condotta degli organi investigativi è andata oltre «ciò che è possibile attendersi da altri soggetti nelle circostanze concrete». Altresì, se la condotta è consistita nell'offerta all'accusato di una «opportunità non eccezionale» di commettere il reato, essa deve essere considerata legittima ed incapace di determinare alcuna impunità per il provocato. [BALSAMO, 2648].

8.1. La attenuazione della pena per il provocato. – Il particolare rigore manifestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dei reati commessi dal provocato si riscontra, oltre che nella impossibilità di mandarlo esente da pena anche quando sia stato determinato in via esclusiva dalla condotta dell'infiltrato alla loro realizzazione, anche nel **diniego della concessione della attenuazione della pena** in forza dell'art. 62 comma 5 c.p. negli altri casi.

Ad avviso della Suprema Corte, infatti, nei confronti del provocato non può trovare applicazione neanche questa circostanza attenuante comune del concorso del fatto doloso della persona offesa, poiché in tal caso, non solo mancherebbe proprio la compartecipazione dolosa dell'agente infiltrato, il quale non vuole la realizzazione del reato, bensì l'arresto del colpevole, quando poi si violerebbe anche il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico. Ammettendo l'applicabilità in simili ipotesi della suddetta diminuzione si finirebbe per consentire, allo stesso tempo, di accentuare il rigore della disciplina in materia di stupefacenti, attraverso il potenziamento degli strumenti anche investigativi di contrasto al narcotraffico, e di attenuare la pena proprio nei confronti di quanti risultino responsabili di reati di questo tipo sulla base delle prove raccolte grazie alle operazioni sotto copertura [in tal senso Cass., sez. VI, 25.5.1993, Jonuzi, in CED 1995/169919, nonché in Cass. pen., 1995, 1376, che ha negato l'applicabilità

della attenuante del fatto doloso della persona offesa nell'ipotesi di intervento nel reato da parte di alcuni carabinieri presentatisi nella finta veste di acquirenti delle sostanze stupefacenti poste in vendita dall'imputato].

9. Profili processuali.

Sotto il profilo processuale le operazioni sotto copertura sono prese in considerazione dal diverso punto prospettico delle speciali tecniche investigative per la ricerca di fonti di prova.

Viste da questa angolatura esse pongono essenzialmente quattro ordini di problemi.

Il primo, e più rilevante, è quello della veste che assume l'agente infiltrato nel procedimento penale relativo ai fatti rispetto ai quali è chiamato a rendere dichiarazioni: testimone, coimputato o imputato in procedimento connesso o collegato?

Il secondo è relativo alla possibilità di acquisire ed utilizzare come prova le dichiarazioni rese dagli imputati all'agente infiltrato, sia nel caso in cui quest'ultimo abbia agito in conformità alle previsioni di legge, sia, soprattutto, in quello in cui abbia esorbitato dai limiti da esse fissati e sia risultato punibile.

Il terzo è inerente alla possibilità di utilizzare il risultato delle attività sotto copertura come prova, in quanto corpo del reato, anche rispetto a reati per i quali non sia consentito dalla legge il ricorso ad esse.

Il quarto, infine, concerne la legittimità della testimonianza anonima dell'agente infiltrato nel processo penale a carico del provocato [da ultimo i profili problematici posti sul piano processuale dalle operazioni *under cover* sono stati specificamente trattati da BARROCU, 101 ss.; in argomento cfr. anche DI MARTINO, 240; ZAPPULLA, 453 ss.; nonché, in altro volume di questa collana, G.C. AMATO, 517 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, al fine di evitare inutili ripetizioni].

Con riferimento al primo profilo problematico, si deve osservare che l'infiltrato può **assumere** tanto la qualifica di **testimone**, quanto quella di **imputato** o **coimputato**. L'elemento dirimente è rappresentato dal rispetto o meno da parte dell'agente sotto copertura delle procedure descritte dalla legge: nel primo caso egli, risultando non punibile ai sensi della speciale causa di giustificazione di cui all'art. 9 legge n. 146/2006, assume il ruolo di testimone nel processo a carico dell'imputato "incastrato" dalle operazioni sotto copertura; nel secondo caso, al contrario, ravvisandosi nel suo comportamento un fatto penalmente rilevante, assume la figura di coimputato o di imputato in procedimento connesso o collegato.

Tale diversa qualifica giuridica dell'infiltrato nel processo penale a carico del "provocato" incide anche sulla risposta al secondo quesito. Ed infatti, **se** l'infiltrato è **testimone non** sussistono **ostacoli** alla **utilizzazione delle dichiarazioni** da lui rese, con la conseguenza della inapplicabilità del disposto degli artt. 210 e

192 commi 3 e 4 c.p.p. sul divieto di testimonianza per gli agenti di p.g. sulle dichiarazioni acquisite durante le indagini [Cass., sez. II, 28.5.2008, n. 38488]. Al contrario, **se** l'infiltrato è **coimputato** o imputato, alle sue dichiarazioni devono **applicarsi le regole di assunzione e di valutazione** di cui agli artt. 210 e 192 c.p.p. [sul punto si veda più ampiamente G.C. AMATO, 517 ss.; nonché in giurisprudenza, da ultimo, Cass., sez. III, 1.8. 2013, n. 33322, che ha ribadito il precedente arresto del 2008 appena richiamato chiarendo che:

«qualora l'agente infiltrato agisca fuori dei limiti legislativi posti alla sua azione, commettendo un reato, assume la posizione di coimputato in un procedimento connesso o collegato ed alle sue dichiarazioni dovrà essere applicata la disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. (esame di persona imputata in procedimento connesso) e art. 192 c.p.p. (necessità di riscontri estrinseci). Al contrario, qualora agisca nei limiti previsti, assume la posizione di testimone ed alle informazioni da questi apprese dall'imputato durante le investigazioni non si applica l'art. 62 c.p.p. (divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato)».

Vale a dire che «l'attività di mera "infiltrazione" è in grado di produrre conoscenze che saranno veicolate nell'istruzione dibattimentale sotto forma di testimonianza, con l'ovvia applicazione dei parametri ordinari in materia di valutazione nel caso in cui siano rispettati i limiti di legge. Viceversa, qualora venga ravvisata l'esistenza di un nesso causale tra la condotta dell'agente e la consumazione del reato e risultino travalicati tali limiti, le conoscenze del medesimo dovrebbero confluire nel processo mediante l'esame del coimputato, con conseguente riflesso sul loro valore probatorio» [PUGLISI, 2965].

Anzi, secondo il corretto avviso della Suprema Corte ribadito da una recente decisione del 2013 [Cass., sez. III, 10.1.2013, n. 1235, con commento di (b) PIATTOLI, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 561 ss.], eventuali abusi da parte delle forze di polizia durante le fasi di indagini *under cover*, consistenti nella induzione e nell'incitamento al reato, possono generare non solo sul piano del diritto penale sostanziale la responsabilità penale degli agenti, ma anche sul piano probatorio:

«l'inutilizzabilità della prova acquisita, per contrarietà dei principi del giusto processo, rendendo l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Tuttavia, – prosegue la Corte, in un successivo passaggio della medesima decisione – «risulta pur sempre legittimo e utilizzabile come prova, il sequestro del corpo di reato o delle cose pertinenti al reato, anche se rinvenute a seguito di un'attività di polizia di cui venga riconosciuto il superamento dei limiti imposti dalla legge per le attività di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti» [conforme anche Cass., S.U., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, XI, 3268, con nota di Vessicelli, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*].

Com'è stato rilevato, questa sentenza è in linea con il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità «fondato sul principio "*male captum bene retentum*": la censura dell'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. degli atti raccolti mediante provocazione non avrebbe l'effetto di far propagare il vizio alla successiva apprensione, pur ottenuta attraverso un *modus procedendi* illegittimo e/o illecito; l'antigiuridicità della ricerca non inciderebbe, infatti, sulla liceità dell'eventuale sequestro» [(b) PIATTOLI, 567].

Si deve, però, rilevare che a tale riguardo esiste anche un orientamento interpretativo opposto emerso in un altro ambito in cui le attività sotto copertura sono spesso proficuamente utiliz-

zate, quello del contrasto alla pedopornografia. Sebbene anche in questa materia una parte della giurisprudenza di legittimità pervenga a conclusioni analoghe a quelle appena riportate in materia di sostanze stupefacenti, sostenendo la legittimità del sequestro probatorio del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato, rinvenuti a seguito di attività di contrasto da parte di un agente provocatore in relazione a fattispecie che non consentano tale tipo di indagine [Cass., sez. III, 8.7.2010, n. 29616, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1166 ss., con nota di F. Peroni; Cass., sez. III, 18.3.2009, Apicella, in CED 2009/243758; Cass. pen., sez. III, 25.9.2008, n. 40036, *ivi*, 2009, 712 ss. con nota di G. Leo; Cass., sez. III, 19.10.2005, Garruti, in CED 2005/232747; Cass., sez. III, 8.6.2004, Ganci, in CED 2004/229804] altra parte della giurisprudenza sostiene che «l'attività di contrasto attraverso un agente provocatore non può essere espletata per accertare elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600 *quater* c.p. (detenzione di materiale pedopornografico), sì che gli elementi di prova così acquisiti sono inutilizzabili e tale inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche durante la fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico è illegittimo in quanto non si può affermare la sussistenza del *fumus delicti* in base ad un risultato investigativo inutilizzabile» [Cass., sez. III, 28.1.2005, in CED 2005/231605. Analogamente, Cass., sez. III, 29.4.2004, Bonaiuti, in CED 2004/228693; Cass., sez. III, 5.5.2004, Gullello, in Cass. pen., 2005, 2679].

Con riferimento invece alla terza questione poc'anzi elencata sussiste un **contrasto interpretativo**. **Da un lato**, una parte della giurisprudenza di legittimità **esclude radicalmente l'utilizzabilità** degli elementi probatori acquisiti in ordine a reati diversi rispetto a quelli per i quali è ammessa l'utilizzabilità di queste speciali tecniche investigative, pena la vanificazione del divieto sancito nell'art. 191 c.p.p. (Cass., sez. III, 28.1.2005, Spora, in CED 2005/231605); **dall'altro**, un'altra parte della stessa, **precisa** che, ferma restando la **inutilizzabilità** probatoria di questi elementi così acquisiti, questa non può però riflettersi anche sulla legittimità del sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, che costituirebbe valida *notitia criminis*, punto di partenza per le indagini successive (Cass., sez. III, 3.6.2008, Malentacca, in CED 2008/240269). In sostanza, la «liceità dell'attività di contrasto, anche sotto copertura, deve essere valuta *ex ante*, in relazione al momento in cui tale attività è disposta dall'A.G. e non riguardo all'esito dell'investigazione» [così DI MARTINO, 240].

Infine, per quel che riguarda l'ultimo problema, sembra essere stato **risolto dal legislatore** che ha **espressamente ammesso la testimonianza anonima** degli agenti *undercovers*.

Ai sensi del comma 2-*bis*, dell'art. 9 legge n. 146/2006, introdotto con la legge n. 136/2010, è stato infatti disposto che «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziari, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime».

Tuttavia, la dottrina ha manifestato delle perplessità su tale disciplina della testimonianza anonima dell'infiltrato a causa della sua genericità e vaghezza, criticando, in particolare, la mancata esplicitazione della sua natura eccezionale. Si ritiene, invero, che essa possa essere disposta solo in casi strettamente necessari,

valutati in concreto dal giudice procedente, e rifuggendo da ogni tipo di presunzione, allo scopo di assicurare una corretta amministrazione della giustizia [cfr. Corte EDU, Van Mechelen c. Paesi Bassi, 23.4.1997; sul punto si rinvia a BARROCU, 116 ss.; nonché, da ultimo, a MIRAGLIA, 10].

Bibliografia.

ALESSANDRI, Art. 27, 1° comma Cost., in *Commentario della Costituzione* (fondato da Branca e continuato da Pizzorusso), *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, 3 ss.; (a) G. AMATO, *Acquisto simulato da parte dei «privati»*, in *Guida dir.*, XII, 2006, 114; (b) G. AMATO, *Disciplina strutturale e funzionale dei Servizi di Informazione*, in *Gnosis*, III, 2011, in *www.gnosis.it*, 1; G.C. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in *questo Trattato*, IX, 501; AURICCHIO, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida dir.*, XXXIX, 2010, 60; BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2641; BARROCU, *Le operazioni sotto copertura*, Napoli, 2011; BERARDI, voce *Terrorismo. Sub art. 9 L. 146/2006*, in GAITO, RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009, 3615; BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 396; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig.*, vol. XIV, Torino, 1972, 1; CACCAMO, MARENGHI, *Commento all'art. 17 della legge 3 agosto 2007, n. 124*, in *Leg. pen.*, 2007, 729; (a) DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991; (b) DE MAGLIE, *Gli «infiltrati» nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1993, 1050; DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *questo trattato*, vol. II, a cura di G.A. DE FRANCESCO, 2011, 147; GAMBERINI, *Le nuove misure in materia di sequestri di persona previste dal D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modifiche nella L. 15 marzo 1991, n. 82*, in CORSO, INSOLERA, STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, II, 605; LEO, *Limiti all'utilizzabilità delle prove*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 712; LETTIERI, *Intercettazioni telefoniche, attività sotto copertura e agenti provocatori nella C.E.D.U.: rapporti con l'ordinamento italiano*, in *www.progettoinnocenti.it*, 1 del dattiloscritto; LOMBARDO, *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, App., 2010, 18; MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 827; MANNA, RESTA, *I delitti in materia di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. internet*, 2006, 221; MARENGHI, *Commento all'art. 17 della legge 3 agosto 2007, n. 124*, in *Leg. pen.*, 2007, 717; MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, 2683; MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in *www.penalecontemporaneo.it*; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; MOROSINI, Artt. 97 e 98 d.P.R. 9.10.1990, n. 309. *Acquisto simulato di droga*, in CADOPPI, VENEZIANI (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. VII, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2009, 751; MOSCA, *Le garanzie funzionali*, in MOSCA, GAMBRACURTA, SCARPONE, M. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato: legge 3 agosto 2007, n. 124*, Milano, 2008, 243; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 1033; PERONI, *Sui rapporti tra indagini mediante agente provocatore, indagini ordinarie e sequestro probatorio del computer*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1166; (a) PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo*, in ROSI (a cura di), 359; (b) PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "under cover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 565; PISA, *Le garanzie funzionali per gli appartenenti ai servizi segreti*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1431; PUGLISI, *Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e*

principio di non dispersione della prova, in *Cass. pen.*, 2009, 2963; TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2921; VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, 197 ss.; VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008; VIGNALE, *Agente provocatore*, in *Digesto disc. pen.*, I, Torino, 1987, 61; ZAPPULLA, *Commento ad art. 8, l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafie)*, in *Leg. pen.*, 2010, 447.

